Die Bindung der Ehegatten und die Anfechtung letztwilliger Verfügungen bei einem wechselseitigen Testament nach deutschem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Kagermann

aus Stettin,

Referendar am Königlichen Amtsgericht zu Neuwarp.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 6. Juni 1912.

Merseburg.

Druck von Friedrich Stollberg.

1913.

171

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meinem lieben Onkel

Justizrat Georg Kagermann,

Rechtsanwalt bei den Landgerichten I, II, III Berlin
und Notar im Bezirk des Kgl. Kammergerichts.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Kapitel. Das gemeinschaftliche Testament 9
   a) Begriff und Natur des gemeinschaftlichen Testaments 9
   b) Wechselseitiges Testament und Erbvertrag 17
2. Kapitel. Die Bindung der Ehegatten 21
   a) Vor dem Tode des zuerst Versterbenden 21
   b) Nach dem Tode des zuerst Versterbenden 25
   c) Bei altrechtlichen wechselseitigen Testamenten 28
3. Kapitel. Die Anfechtung einer Verfügung eines wechselseitigen Testaments durch den benachteiligten Dritten . . 30
   a) Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im allgemeinen . . . 30
   b) Die Anfechtung von Verfügungen wechselseitiger Testamente . . 37
4. Kapitel. Ist die Anfechtung eines wechselseitigen Testaments durch den überlebenden Ehegatten nach Analogie von § 2281 BGB. möglich? 42
5. Kapitel. Anfechtung vor 1900 errichteter wechselseitiger Testamente 48
6. Kapitel. Ergebnis 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0034

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Buka: In welcher Form erfolgt der Widerruf wechselseitiger Testamente aus landrechtlicher Zeit nach dem 1. Januar 1900? In „Deutsche Juristenzeitung" 10. Jahrg. 1905, S. 403. Berlin 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Halle a. S. 1905.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1./2. Aufl. Marburg 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 38, 50, 62, 63.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe, 8. Aufl. München 1909.

Frommhold: Kommentar zum Erbrecht des bürgerl. Gesetzbuchs. 1900.

Heck: Vorlesungen über bürgerl. Recht Teil II. Halle a. S. 1897.

Hellmann: Dr. Strohal, Das deutsche Erbrecht. In „Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebungen und Rechtswissenschaft" Bd. 39, S. 212. Freiburg i. Br. 1897.

Hendrichs: Die rechtliche Natur des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Solingen 1901.

Jastrow: Formularbuch. Berlin 1910.

Jastrow: Zur Abfassung gemeinschaftlicher Testamente der Ehegatten. In „Zeitschrift für das Notariat und die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern" Bd. 5, S. 258. München 1904.

Jur. Wochenschrift 35. Jahrg. 1906, Heft 1, S. 24: § 2079 Art. 213, Art. 214 EG. z. BGB. „Inwieweit bleibt ein gemeinschaftliches wechselseitiges Testament des Ehegatten trotz Wiederverheiratung und Widerruf in Kraft?"

Köppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1895.

Küntzel: Strohal, kritische Bemerkungen über das Erbrecht des bürgerl. Gesetzbuchs. In Gruchots Beiträgen Bd. 41, S. 583 f.

Laué: Gutachten in Bd. I der Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. 1889.

Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich mit eingehender Berücksichtigung der bisherigen Rechtssysteme. Berlin 1889.

Mangler: Die Wirkung altrechtlicher gemeinschaftlicher Testamente unter Ehegatten in Beziehung auf die Ansprüche des von dem wiederverheirateten Teile unter der Herrschaft des neuen Rechts hinterlassenen zweiten Ehegatten. Im „sächsischen Archiv für bürgerliches Recht" Bd. 14, S. 684. Leipzig 1904.

Mantey: Zwei erbrechtliche Fragen, erstens: Darf der überlebende Ehegatte das korrespektive Testament anfechten? In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 52, S. 384. Berlin 1908.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 5.

Planck-Strohal: Kommentar zum BGB., 3. Aufl. Berlin 1908.

Proske: Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage. Berlin 1905.

Rechtsprechung der OLG. auf dem Gebiet des Zivilrechts. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann. Bd. 2, 4, 8, 11.

Staudinger-Herzfelder: Kommentar zum BGB., 3./4. Aufl. München 1909.

Schiffner: Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs Bd. 3. Jena 1897.

Strohal: Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl. Berlin 1903.

Wilke-Koffka-Reatz-Neumann: Kommentar in Anm. zum BGB. Berlin 1900.

Wilke: Gutachten in Bd. 1 der Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. 1889.

1. Kapitel.

Das gemeinschaftliche Testament.

a) Begriff und Natur des gemeinschaftlichen Testaments.

Das bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Definition des Begriffs des „gemeinschaftlichen Testaments", sondern sagt nur, von wem und in welchen Formen ein solches errichtet werden kann, und trifft besondere Bestimmungen für die Behandlung und die Rechtsfolgen der sogenannten „wechselseitigen Testamente", bei denen die Ehegatten sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben.

Nach Vorschrift des § 2265 kann ein gemeinschaftliches Testament „nur von Ehegatten" errichtet werden. Andere Personen, selbst wenn sie in einer der Ehe ähnlichen wirtschaftlichen Gemeinschaft leben, können somit über ihren Nachlaß nicht in der Form des gemeinschaftlichen Testaments verfügen. So können beispielsweise Geschwister, auch wenn sie in einer der ehelichen Gemeinschaft völlig gleichen Wirtschaftsvereinigung leben, kein gemeinschaftliches Testament errichten, ebensowenig Verlobte. Ein von letzteren errichtetes vermeintliches gemeinschaftliches Testament wird auch durch die später vollzogene Eheschließung nicht rechtsgültig, denn § 2265 besagt ausdrücklich, ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten „errichtet" werden. Die betreffenden Personen müssen somit zur Zeit der „Errichtung" des Testaments bereits Ehegatten sein, daß sie es später werden, ist für die Rechtsgültigkeit des vor der Eheschließung errichteten vermeintlichen gemeinschaftlichen Testaments belanglos.

Ebenso ist ein von Personen errichtetes gemeinschaftliches Testament ungültig, die in einer sogenannten „Nichtehe" leben, d. h. wenn die Ehe infolge Formmangels gemäß § 1324 Abs. 1 BGB. nicht zustande gekommen ist. Tritt bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen des § 1324 Abs. 2 (die Ehe ist ins Heiratsregister eingetragen und die Ehegatten haben 10, und wenn einer von ihnen vorher gestorben ist, mindestens 3 Jahre miteinander in ehelicher Gemeinschaft gelebt) nachträgliche Convalescens in radice ein, so ist ein von den betreffenden Personen errichtetes gemeinschaftliches Testament gültig, denn, da die Ehe nach Vorschrift des § 1324 Abs. 2 als „von Anfang an gültig" anzusehen ist, ist das gemeinschaftliche Testament von Ehegatten errichtet worden.

Wollen andere Personen als Ehegatten die Wirkungen eines wechselseitigen Testaments für ihre Erbfolge begründen, so können sie dies nur durch einen entsprechenden Erbvertrag oder durch zwei selbständige Testamente mit bedingter Erbeinsetzung erreichen.

Die Regelung, die das Rechtsinstitut des gemeinschaftlichen Testaments zu den verschiedenen Zeiten und in den verschiedenen Rechtssystemen erfahren hat, ist sehr verschieden. Während es dem klassischen römischen Rechte überhaupt unbekannt war, hat es sich auf dem Umwege über das gemeinschaftliche Soldatentestament aus 1, 19. C. de pact. 2.3 für das gemeine Recht unbeschränkte Geltung verschafft. Von den modernen Gesetzgebungen wird es unbeschränkt zugelassen nur vom sächsischen BGB. (§§ 2196 ff., § 2214), überhaupt nicht zugelassen ist es vom Code civil Art. 968, 1097, während das preußische ALR. (I XII, §§ 614 f. und II, 1, §§ 482 f.) und das österreichische BGB. (§ 1248) ebenso wie das BGB. in § 2265 es auf Ehegatten beschränkten. Der Entwurf I zum BGB. hatte die gemeinschaftlichen Testamente überhaupt beseitigen wollen, weil „es ein durch eine abwegige Rechtsentwickelung geschaffenes Institut sei, das durch seine Unklarheit und seine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts viele Zweifel und Rechtsstreitigkeiten erzeugt habe, überdies in dem Erbvertrag ausreichenden Ersatz

finde".[1]) Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß das gemeinschaftliche Testament in der Tat zu vielen Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten Veranlassung gegeben hat und auch noch gibt, so sind doch andererseits seine Vorzüge für die Allgemeinheit, besonders für die große Masse der mittleren Volksschichten, und seine Beliebtheit in diesen Kreisen Grund dafür gewesen, daß der Entwurf II es in der zum Gesetz gewordenen Form aufnahm. Mann und Frau, die zu Lebzeiten gemeinschaftliche Lebensinteressen gehabt und gemeinschaftlich gewirkt haben, fühlen das Bedürfnis, auch für die Zeit nach ihrem Tode über ihre Verlassenschaft gemeinschaftlich zu verfügen. Daß in dem Erbvertrage ein ausreichender Ersatz gegeben sei, ist unzutreffend. Der Erbvertrag kann nur in der erschwerten Form des § 2276 vor einem Richter oder einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden; da es sich stets um wechselseitige Erbverträge handeln würde, wäre sogar gemäß § 2274 „persönliche" Anwesenheit beider Teile erforderlich, während für das gemeinschaftliche Testament alle Testamentsformen offen sind. Ist die Ehefrau minderjährig, so könnten die Ehegatten mit Rücksicht auf § 2275 Abs. 2 einen Erbvertrag nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Ehefrau schließen, und wenn dieser ein Vormund ist, wäre sogar Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Ein gemeinschaftliches Testament dagegen können sie gemäß § 2229 ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters errichten, mit der einzigen Beschränkung des § 2247, daß die Errichtung in der Form des eigenhändigen Testaments ausgeschlossen ist. Abgesehen von diesen Erschwerungen würde es unbillig sein, von einem Ehepaare, das gemeinschaftlich einseitige letztwillige Verfügungen treffen will, zu verlangen, daß es dies anstatt in einem Testamente, als der für einseitige letztwillige Verfügungen bestimmten Form, in der vertragsmäßigen Form des Erbvertrages tun soll.

Die Beschränkung des gemeinschaftlichen Testaments auf Ehegatten beruht auf der Erwägung, daß nur durch das eheliche Band verknüpfte Personen in einer so engen Gemeinschaft leben,

[1]) Motive zum Entwurf I S. 250.

daß man ihnen die Möglichkeit gewähren zu müssen glaubte, auch gemeinschaftlich ihre Erbfolge zu regeln.[1])

Im Gegensatz zu der durch die Ehe begründeten Gemeinschaft ist das zwischen Verlobten bestehende Band so locker und ohne alle Schwierigkeiten löslich (vgl. §§ 1297 f.), daß es nicht ratsam erscheinen kann, auch ihnen die Möglichkeit zu geben, gemeinschaftlich zu testieren, selbst nicht dahingehend, daß ein von ihnen errichtetes gemeinschaftliches Testament durch die Eheschließung aufschiebend bedingt sein soll. Für ein solches durch die spätere Eheschließung bedingtes gemeinschaftliches Testament besteht überdies auch kein Interesse für die Verlobten. Schließen sie die Ehe, so können sie immer noch ein gemeinschaftliches Testament errichten, und erfolgt die Eheschließung nicht, so ist das vor der Eheschließung errichtete gemeinschaftliche Testament, als durch diese bedingt, wertlos.[2])

Die gemeinschaftlichen Testamente überhaupt unbeschränkt für alle Personen zuzulassen, wie dies das sächsische BGB. (§§ 2196 f., § 2214) getan hat, muß als völlig verfehlt bezeichnet werden, da, wo es an einer rechtlichen und tatsächlichen Gemeinschaftlichkeit der äußeren Lebensumstände fehlt, auch keine Veranlassung und Berechtigung zu einem gemeinschaftlichen letztwilligen Akt von Todes wegen gegeben ist.

Was hat man nun unter einem gemeinschaftlichen Testament im Sinne des BGB. zu verstehen? Abgesehen von der einzig dastehenden Ansicht Hecks in Halle, der das gemeinschaftliche Testament für einen Erbvertrag erklärt,[3]) wird dasselbe allgemein

---

[1]) Frommhold zu § 2265 Anm. 3: „Die Anwendung des gemeinschaftlichen Testaments beschränkt sich auf Ehegatten, da die Ehe allein die ethische Grundlage der diese Testierform rechtfertigenden Willensgemeinschaft bildet." Endemann III § 44 Nr. 3.

[2]) Frommhold a. a. O.: „für Verlobte besteht ein gleiches Bedürfnis nicht, auch fehlt dem Verlöbnisse die rechtliche Festigkeit als notwendige Voraussetzung jener Willensverbindung."

[3]) Heck, Manuskripte zu seinen Vorlesungen § 268, 6: „Das gemeinschaftliche Testament ist aufzufassen als ein Erbvertrag in Testamentsform, bei welchem jedem Kontrahenten der Widerruf für die Lebenszeit beider gesetzlich vorbehalten ist."

als Testament angesehen. Auf diese Ansicht verweist auch das Gesetzbuch selbst durch die Stellung des gemeinschaftlichen Testaments in den Abschnitt „Testament" und durch die Formen, die es für dasselbe gibt. Wollte das Gesetz das gemeinschaftliche Testament als Erbvertrag aufgefaßt wissen, so müßte es notwendigerweise im 4. Abschnitt des Erbrechts unter dem Oberbegriff „Erbvertrag" behandelt sein, und die in § 2276 für den Erbvertrag vorgeschriebene Form wäre die allein mögliche. Unabhängig hiervon ist die Frage, ob das gemeinschaftliche Testament in gewissen Fällen die Wirkung eines Erbvertrages hat, was später untersucht werden soll.

Das gemeinschaftliche Testament ist somit ein „Testament". Aber was für ein Testament? Sind es die nur formell vereinigten selbständigen Testamente zweier Erblasser, oder ist es ein Testament zweier Personen?

Da stets zwei Erbfälle vorhanden sind, so liegen zwei selbständige Testamente vor. Zweifellos ist dies bei dem testamentum mere simultaneum, da hier die beiden Testamente überhaupt nur äußerlich gemeinschaftlich sind. Aber auch bei dem wechselseitigen Testament handelt es sich um zwei Erbfälle aus zwei selbständigen Testamenten. Am deutlichsten zeigt sich dies im Falle des § 2269, wo bestimmt ist, daß, wenn Ehegatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen und den beiderseitigen Nachlaß nach dem Tode des Überlebenden einem Dritten hinterlassen, der Dritte im Zweifel als Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten eingesetzt ist. Es ist demnach im Falle des § 2269 der überlebende Ehegatte Erbe des zuerst Verstorbenen und der Dritte Erbe des Überlebenden. Der Überlebende tritt die Erbschaft aus dem Testament des zuerst Verstorbenen an, damit ist dessen Testament erledigt. Der Dritte, der nur als Erbe des Überlebenden in Betracht kommt, erbt aus dem Testament seines Erblassers, der nur seinerseits sein Testament nach dem Antritt der Erbschaft seines verstorbenen Gatten nicht mehr ändern kann. Nicht so deutlich tritt diese materielle Trennung der beiden letztwilligen Verfügungen hervor, wenn bestimmt ist, daß der Überlebende in dem Nachlaß des zuerst Verstorbenen Vorerbe sein soll, und der Dritte als Nach-

erbe des zunächst Verstorbenen und als Erbe des Überlebenden eingesetzt ist. Aber auch hier liegen inhaltlich zwei Testamente vor, der Überlebende erbt aus dem Testament des zunächst Verstorbenen, der Dritte, soweit er als Nacherbe in Betracht kommt, aus dem Testament des zuerst Verstorbenen, im übrigen aus dem Testament des Überlebenden. Wir haben es also bei dem gemeinschaftlichen Testament stets mit zwei selbständigen letztwilligen Verfügungen zu tun, die gemeinschaftlich errichtet worden sind. Daß die Errichtung der beiden letztwilligen Verfügungen gemeinschaftlich erfolgt, ist Voraussetzung ihres Charakters als gemeinschaftliches Testament. So ist ein gemeinschaftliches Testament nicht vorhanden, wenn die beiden letztwilligen Verfügungen nur eine rein äußere Einheit auf demselben Blatte bilden, ohne daß die Errichtung gemeinschaftlich erfolgt ist. Andererseits ist es nicht erforderlich, daß die beiden Testamente aufeinander Bezug nehmen. In der Regel wird dies freilich der Fall, die Mehrzahl aller gemeinschaftlichen Testamente werden gegenseitige sein, aber zum Wesen des gemeinschaftlichen Testaments gehört diese Gegenseitigkeit nicht. Auch unter der Herrschaft des BGB. sind testamenta mere simultanea möglich, nur kommen sie in der Praxis kaum vor, da gerade die gegenseitige Erbeinsetzung die Veranlassung für die Ehegatten bildet, in der Form des gemeinschaftlichen Testaments zu verfügen. So können auch zwei letztwillige Verfügungen, die in gar keinem inneren Zusammenhange zueinander stehen, ein gemeinschaftliches Testament bilden, wenn nur die Errichtung eine gemeinschaftliche war.

Diese Gemeinschaftlichkeit der Errichtung ist schon bei jedem bewußten und gewollten Zusammenwirken der beiden Testatoren vorhanden. Es ist somit Strohal zuzustimmen, wenn er das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments in „der durch Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes geschaffenen Verbindung der letztwilligen Verfügungen mehrerer Erblasser zu einer formellen Einheit" sieht.[1])

Für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gelten die allgemeinen, für die Errichtung von Testamenten

[1]) Strohal § 43, I.

bestehenden Vorschriften, wobei freilich stets zu beachten ist, daß die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes gewahrt sein muß. Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes liegt nicht vor, wenn ein Ehegatte ein holographisches Privattestament, der andere ein öffentliches Testament errichtet. Kann also ein Ehegatte gemäß § 2247, weil er Geschriebenes nicht zu lesen vermag, oder die Ehefrau, weil sie minderjährig ist, nur in der Form des öffentlichen Testaments testieren, so steht mit Rücksicht auf die zu fordernde Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes auch dem anderen Ehegatten nur diese Form offen. Wohl aber bleibt die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes gewahrt, wenn beide Ehegatten in der Form des öffentlichen Testaments, und zwar der eine mündlich zu Protokoll, der andere durch Überreichung einer Schrift, testieren, vorausgesetzt, daß nicht durch § 2247 die Errichtung eines eigenhändigen Testaments ausgeschlossen ist.[1])

Da alle Bestimmungen über die Errichtung von Testamenten auch auf das gemeinschaftliche Testament Anwendung finden, so kann ein solches auch in den außerordentlichen Formen der §§ 2249, 2250, 2251 errichtet werden. Für den Fall des § 2249, daß zu besorgen ist, der Erblasser werde früher sterben, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar möglich ist, bestimmt § 2266, daß das gemeinschaftliche Testament auch dann schon in der erleichterten Form vor dem Gemeindevorsteher, bezw. Verbands- oder Bezirksvorsteher, errichtet werden kann, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen nur auf Seiten eines der Ehegatten vorliegen.

Eine fernere Erleichterung gibt § 2267 für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments als eines holographischen nach § 2231 Nr. 2. In diesem Falle genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet, und der andere Ehegatte eigenhändig die Erklärung

---

[1]) So die allgemeine Ansicht: Strohal § 43 Nr. 8, Staudinger-Herzfelder zu § 2265 Nr. 3, in der 3. Aufl. seines Kommentars auch Planck-Strohal Vorbem. zu § 2265 f Nr. 3, während er früher auf Grund der von ihm geforderten „Einheitlichkeit" des Errichtungsaktes eine Mischform bei Errichtung in der Form des öffentlichen Testaments für ausgeschlossen hielt.

beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle, und diese Erklärung unter eigenhändiger Angabe von Ort und Datum unterschreibt. Mit Recht betont Strohal,[1]) daß § 2267 nur das Mindestmaß der an das gemeinschaftliche Testament in eigenhändiger Form gestellten Anforderungen festsetzt, denn § 2267 sagt ausdrücklich „genügt es", und gibt dadurch zu erkennen, daß die vollständige Form des eigenhändigen Testaments nicht ausgeschlossen sein soll. Die Bedenken, die von gegnerischer Seite gegen diese Auffassung geltend gemacht werden, daß dann nämlich nicht ein, sondern zwei Testamente vorlägen, sind nicht durchschlagend.[2]) Freilich muß, wie überall, so auch hier verlangt werden, daß die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes gewahrt bleibt. Diese ist aber auch dann vorhanden, wenn jeder der Ehegatten den Inhalt seines Testaments eigenhändig schreibt, und beide Erklärungen von beiden Ehegatten unter Beifügung von Ort und Datum unterschrieben werden. Auch wenn jeder Ehegatte nur sein Testament unterschreibt, liegt ein gemeinschaftliches Testament vor, wenn die Gemeinschaftlichkeit sich aus der Einheit der Urkunde und dem Inhalt der Testamente ergibt.

Wir haben also folgendes Ergebnis der Natur des gemeinschaftlichen Testaments: Das gemeinschaftliche Testament besteht aus zwei materiell selbständigen letztwilligen Verfügungen jedes der beiden Ehegatten, die durch die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes formell zu einem Testament zusammenfallen. Die selbständige Natur der beiden letztwilligen Verfügungen zeigt sich beim Tode des zuerst Versterbenden, bei welchem eine Erbfolge nur aus dessen Testament eintritt, während das Testament des Überlebenden erst bei dessen Tode seine Wirkungen äußert. Für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments kommen sowohl die ordentlichen wie die außerordentlichen Testamentsformen in Betracht, wobei das Gesetz Erleichterungen für den Fall der Todesgefahr des einen Ehegatten und für das eigenhändige Testament gibt.

[1]) Strohal § 43, II, 2.

[2]) Loewenwald S. 85.

b) Wechselseitiges Testament und Erbvertrag.

Wie bereits erwähnt, kommt das gemeinschaftliche Testament fast ausschließlich in der Form des wechselseitigen Testaments vor. Die Ehegatten machen das gemeinschaftliche Testament fast stets in der Absicht, sich gegenseitig zu Erben einzusetzen, und den beiderseitigen Nachlaß nach dem Tode des Überlebenden einem Dritten, meist den gemeinschaftlichen Kindern, zu hinterlassen. Letztere Form verbindet sich häufig mit den sogenannten „Fideikommiß auf den Überrest", indem die Ehegatten die Bestimmung treffen, daß die Kinder mit dem zufrieden zu sein haben, was beim Tode oder der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist. Diese Form des sogenannten „Berliner Testaments" kann freilich für die Kinder zu großen Härten führen, indem sie völlig von dem guten Willen des überlebenden Ehegatten abhängig sind, der vielleicht seinerseits überhaupt kein Vermögen hatte. Doch entspricht es in den mäßig begüterten Familien meist einem Bedürfnis, daß das Vermögen beider Ehegatten auch nach dem Tode des einen in der Hand des Überlebenden vereinigt bleibt. So wird sich im allgemeinen nichts gegen das Berliner Testament einwenden lassen, sofern nicht der überlebende Ehegatte seine Rechtsposition zuungunsten der Kinder ausnutzt. Wie wenig das im vorigen Abschnitt bereits erwähnte, vom Gesetz in § 2269 zugrunde gelegte „Einheitsprinzip" für das Berliner Testament geeignet ist, wird später noch darzulegen sein.

§ 2270 bestimmt, daß, wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen getroffen haben, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Ein derartiges Verhältnis der Verfügungen nimmt § 2270 Abs. 2 im Zweifel an, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Die wechselseitigen Testamente gelten somit im Zweifel

als korrespektiv und sind es auch fast stets, da ein Ehegatte wohl kaum bestimmen wird, daß der andere auch dann sein Erbe sein soll, wenn er seine entsprechende zugunsten des Gatten getroffene Verfügung widerruft.

An sich verliert der ein wechselseitiges Testament errichtende Ehegatte sein Testierrecht nicht. Durch Errichtung eines korrespektiven wechselseitigen Testaments tritt indessen eine Bindung der Ehegatten ein. Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung, die mit einer von dessen Verfügungen in dem in § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, nicht einseitig aufheben (§ 2271 Abs. 1 Satz 2). Will ein Ehegatte seine Verfügungen widerrufen, so kann er dies nur nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296 tun, d. h. durch gerichtlich oder notariell beglaubigte Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten (§ 2271 Abs. 1 Satz 1). Tritt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament an, d. h. schlägt er sie nicht in der gesetzlichen Frist aus (§§ 1942 f.), so erlischt sein Recht zum Widerruf mit Ausnahme einiger besonders gearteter Fälle überhaupt.

Aus dieser Beschränkung des Widerrufs der letztwilligen Verfügung des Überlebenden hat man nun vielfach geglaubt, folgern zu müssen, daß die Verfügung dadurch ihren Charakter als „letztwillige" verliere und das korrespektive Testament wenn auch nicht ein Erbvertrag sei, doch mit der Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten seitens des Überlebenden für diesen die Wirkung eines Erbvertrages habe und einen vertragsartigen Charakter erhalte.[1]) Es kann hier nicht die Aufgabe sein, die einzelnen Ansichten durchzuprüfen, besonders da die Literatur eine sehr umfangreiche ist. Meiner Meinung nach muß unbedingt folgender Gesichtspunkt zur Beurteilung der Frage maßgebend sein: Das gemeinschaftliche Testament ist im BGB. unter dem Oberbegriff „Testament" im dritten Abschnitt des Erbrechts geregelt. Das Testament ist aber als einseitige Verfügung von Todes wegen durch eine tiefe begriffliche Kluft von der im vierten

[1]) Strohal § 43 a, 4 b zu α.

Abschnitt geregelten vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen getrennt. Es bedeutet daher nicht mehr und nicht weniger, als eine positive Bestimmung des geltenden Rechts zu ignorieren, wenn man das wechselseitige Testament nach dem Tode des zuerst Verstorbenden zu einem Erbvertrage stempeln will. Durch die in § 2271 enthaltene Beschränkung des Widerrufs erhält das wechselseitige Testament freilich eine dem Erbvertrage ähnliche Wirkung, es wird aber dadurch nicht ein Vertragscharakter des wechselseitigen Testaments begründet. Die Verfügungen des überlebenden Ehegatten bleiben nach wie vor dem Tode des Verstorbenen, wo er sie noch frei widerrufen konnte, „letztwillige", nur ist ihr Widerruf mit der Annahme der mit Rücksicht auf sie getroffenen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten deshalb unmöglich geworden, weil die Verfügungen des einen mit Rücksicht auf die Verfügungen des anderen getroffen sind. Richtig gewürdigt wird dieser Umstand u. a. von Frommhold und Wilke,[1]) welche die Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit von Seiten des überlebenden Ehegatten nach Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten auf Treu und Glauben zurückführen. Der Verstorbene hat seine Verfügungen in der Absicht getroffen, daß sein Gatte die entsprechenden Verfügungen trifft. Er muß nun auch die Gewißheit haben, daß mit dem Augenblicke, wo die Wirkungen seiner Verfügungen eintreten, auch die entsprechenden Verfügungen des überlebenden Gatten unabänderlich sind.

[1]) Frommhold, Anm. 2 c zu § 2271: „Die regelmäßige Unwiderruflichkeit des gemeinschaftlichen Testaments findet ihre Begründung m. E. weniger in der Gleichstellung des gemeinschaftlichen Testaments mit dem Erbvertrage als in dem zwischen Ehegatten bestehenden Treuverhältnis, mit welchem die Rücknahme der gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen nach dem Tode eines Ehegatten in Widerspruch stehen würde. Der Überlebende ist daher nunmehr an den ganzen Inhalt des Testaments endgültig gebunden und kann auch über sein eigenes Vermögen nicht mehr letztwillig verfügen." Wilke, Kommentar 1 zu § 2271: „Der Gesetzgeber sieht es als Verletzung von Treu und Glauben an, wenn der eine Ehegatte seine eigene Verfügung hinter dem Rücken des anderen widerruft, während letzterer ihn nur in Vergeltung jener widerrufenen Verfügung bedacht hat, und während auch nichts ihn hindert, sich die ihm zugedachten Vorteile anzueignen."

Deshalb schließt das Gesetz aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit die Widerrufsmöglichkeit von Seiten des Überlebenden nach Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten aus, ohne dadurch dem wechselseitigen Testament seinen Charakter als „letztwilliger" Verfügung zu nehmen und ihm einen vertraglichen oder vertragsähnlichen aufzudrücken. Der überlebende Ehegatte soll sich eben bei Annahme des ihm Zugewandten sagen, nehme ich das mir Zugewandte an, so muß ich auch bei meiner Verfügung beharren, weil die meines verstorbenen Gatten mit Rücksicht auf die meinige getroffen ist, und der Verstorbene auf deren Gültigkeit gebaut hat. Er soll sich vor Annahme des ihm Zugewandten überlegen — wozu er ja nach § 1944 6 Wochen Zeit hat —, ob er bei seiner Verfügung verharren will und kann, und ob diese seinen „letzten Willen" bildet. Diese mit der Annahme des ihm Zugewandten abgegebene Erklärung ist dann aber auch aus den oben angeführten Gründen endgültig.

2. Kapitel.

Die Bindung der Ehegatten.

a) Vor dem Tode des zuerst Versterbenden.

Das Gesetz legt in § 2269 für das wechselseitige Testament „im Zweifel" das „Einheitsprinzip" zugrunde: der Dritte, der den beiderseitigen Nachlaß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten erhalten soll, gilt als Erbe des zuletzt Verstorbenen eingesetzt. Der überlebende Ehegatte hat also hinsichtlich der Erbschaft des Verstorbenen, sofern nicht aus dem Testament sich ein anderer Wille der Testamentserrichter ergibt, die denkbar freieste Stellung, er kann über die Nachlaßgegenstände unbeschränkt verfügen. Anders wenn die Ehegatten bestimmt haben, daß der Überlebende hinsichtlich des Nachlasses des zuerst Verstorbenen nur Vorerbe sein soll, und der Dritte nur den Nachlaß des Überlebenden als dessen Erbe, den Nachlaß des Verstorbenen dagegen als Nacherbe erhalten soll. In diesem Falle unterliegt der Überlebende den Beschränkungen des Vorerben der §§ 2113 bis 2115. Da die Ehegatten gewöhnlich an diese Unterschiede in der Rechtsstellung des Überlebenden gar nicht denken, sondern einfach sich gegenseitig zu Erben und den Dritten als beiderseitigen Erben einsetzen, so tritt die Vermutung des zitierten § 2269 oft ein, wo das „Einheitsprinzip" nicht angebracht ist. Besonders ist dies der Fall bei dem oben erwähnten Berliner Testament.[1]) Fordert nämlich eines der Kinder beim Tode des zuerst versterbenden Elternteils den Pflichtteil, so erhält es diesen, und erbt

[1]) Vgl. Jastrow in Zeitschr. für das Notariat und für die freiw. Rechtspflege in Bayern Bd. 5, S. 260. Mangler, sächs. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 14, S. 684.

trotzdem, da es gemäß § 2269 als „Erbe des zuletzt Versterbenden“ eingesetzt ist, beim Tode des Überlebenden zu gleichen Teilen mit den Geschwistern, es steht also besser da als diese, die den Pflichtteil beim Tode des zuerst Versterbenden nicht verlangt haben. Auch wenn die Ehegatten die Bestimmung getroffen haben, daß dasjenige Kind, das beim Tode des zuerst Verstorbenen den Pflichtteil verlangt, auch hinsichtlich des Nachlasses des Überlebenden auf den Pflichtteil gesetzt sein soll, ergibt sich eine Ungerechtigkeit gegen die testamentstreuen Geschwister. Denn bei der Berechnung des Pflichtteils aus dem Nachlasse des Überlebenden kommt der Nachlaß des zuerst Verstorbenen noch einmal zur Berechnung. Hat nun der zuerst verstorbene Ehegatte erheblich größeres Vermögen hinterlassen als der Hinterlebende, so steht dasjenige Kind, das beim Tode des zuerst Versterbenden den Pflichtteil fordert, trotz der Bestimmung des Testaments, daß es auch aus dem Nachlasse des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten soll, im Endergebnis seinen Geschwistern wenig nach, abgesehen von dem Vorteil, den es davon hat, daß es den dem Betrage nach großen Pflichtteil aus dem Nachlaß des zuerst Verstorbenen gleich bei dessen Tode bekommt, während seine Geschwister erst beim Tode des Überlebenden etwas erhalten. Es wird sich somit in vielen Fällen empfehlen, die Vermutung des § 2269 durch eine dahingehende Bestimmung des Testaments auszuschließen. Wollen die Ehegatten, daß der Überlebende nicht den Beschränkungen des Vorerben aus §§ 2113 f. unterliegen soll, so können sie dies dadurch erreichen, daß sie gemäß § 2136 befreite Vorerbschaft anordnen. Auf diese Weise erhält der überlebende Ehegatte dem Nacherben gegenüber eine freiere Stellung, und die dem Willen der Erblasser widersprechenden Folgerungen aus § 2269 werden vermieden. Eine Ausschließung der Vermutung des § 2269 empfiehlt sich auch für die Fälle, wo der zum beiderseitigen Erben eingesetzte Dritte mit dem einen Ehegatten verwandt ist, mit dem anderen dagegen nicht, wenn z. B. ein Ehepaar zugunsten des Sohnes des einen Teils ein wechselseitiges Testament errichtet. Ist der Dritte hier als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt, so muß er, wenn der mit ihm

verwandte Ehegatte zuerst stirbt, auch hinsichtlich dessen Nachlaß die höhere Erbschaftssteuer zahlen.[1])

Durch die Errichtung eines Testaments wird der Testator im allgemeinen nicht gebunden. Er kann jederzeit das von ihm errichtete Testament widerrufen, sei es durch Errichtung eines neuen Testaments (§ 2254), sei es durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde (§ 2255), sei es wenn das Testament in amtliche Verwahrung genommen worden ist, durch Rückgabe aus der Verwahrung (§ 2256). Widerruft der Testator ein von ihm errichtetes Testament durch ein neues, so ist nach § 2258 Abs. 1 das frühere Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. Wird das spätere Testament widerrufen, so lebt das frühere wieder auf und wird in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre (§ 2258 Abs. 2).

Diese allgemeinen Vorschriften über die Aufhebung von Testamenten erleiden jedoch hinsichtlich der wechselseitigen Testamente eine wesentliche Einschränkung. Im allgemeinen können freilich auch die in einem wechselseitigen Testament getroffenen Verfügungen widerrufen werden, sei es, daß jeder Ehegatte seine Verfügung widerruft, sei es, daß beide gemeinschaftlich durch Errichtung eines neuen gemeinschaftlichen Testaments oder durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde widerrufen. Widerruft ein Ehegatte die von ihm getroffene Verfügung des wechselseitigen Testaments, so bleibt die Verfügung des anderen als einseitiges Testament wirksam. Will ein Ehegatte allein seine Verfügung widerrufen, so kann er dies nur durch ein neues Testament, nicht auch durch Vernichtung der Testamentsurkunde tun, da ja die Verfügung des anderen Gatten als einseitiges Testament bestehen bleibt. Wohl aber kann er durch Veränderung an der Testamentsurkunde widerrufen, so durch Durchstreichen seiner Verfügung. Ein in amtliche Verwahrung gegebenes gemeinschaftliches Testament kann nach § 2272 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden.

---

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 38, S. 214, Urt. v. 1. Februar 1897, Entsch. dieser Frage für das gem. Recht.

Obwohl die Bestimmungen der zitierten §§ 2254 f. für das wechselseitige Testament somit auch gelten, haben sie aber für dasselbe kaum praktische Bedeutung. Nur in den selten vorkommenden Fällen, daß ein wechselseitiges Testament nicht als korrespektiv im Sinne des zitierten § 2270 anzusehen ist, und wenn es sich um den Widerruf von Verfügungen handelt, die nicht Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen sind, und auf die deswegen nach Abs. 3 des § 2270 die Vorschriften über die Korrespektivität keine Anwendung finden, kommen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 2254 f. zur Anwendung. In allen die überwiegende Mehrzahl bildenden Fällen, in denen es sich um Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen handelt, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, kann ein Ehegatte seine Verfügung einseitig nur durch gerichtlich oder notariell beglaubigte Erklärung gegenüber dem anderen aufheben (§ 2271 Abs. 1 in Verbindung mit § 2296). Die einseitige Aufhebung durch eine neue Verfügung von Todes wegen ist nach § 2271 Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen. Die Meinungen darüber, was unter „einseitiger" Aufhebung zu verstehen ist, sind sehr geteilt. Wenn Hellmann die „einseitige" Aufhebung in Gegensatz zur „zweiseitigen" stellt und einen Vertrag wie bei Aufhebung eines Erbvertrages fordert,[1]) so kann dem deshalb nicht zugestimmt werden, weil diese Ansicht den § 2271 verkennt. § 2271 behandelt den Widerruf von korrespektiven Verfügungen eines wechselseitigen Testaments. Dieser Widerruf ist an sich immer einseitig, nur muß er unter gewissen vom Gesetz bestimmten Kautelen erfolgen. Aber auch die von Wilke[2]) vertretene Ansicht, daß nur formlose Zustimmung des anderen Ehegatten zu verlangen sei, läßt sich mit dem Inhalt von § 2271 nicht vereinigen, da § 2271 Abs. 1 Satz 1 für den Widerruf gerichtliche oder notarielle Form vorschreibt. Nach Wilke wäre dann für den Widerruf die Form des § 2296, für die einseitige Aufhebung durch ein neues Testament dagegen nur formlose Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich.

[1]) Hellmann S. 224, 225.

[2]) Wilke § 2271 Anm. 3.

M. E. muß Strohal zugestimmt werden, wenn er in der dritten Auflage seines Erbrechts, in bewußtem und begründetem Gegensatz zu den früheren ausführt:[1] „Die nächstliegende und zugleich der Absicht des Gesetzgebers allein entsprechende Auffassung ist, daß der nicht gemeinschaftlich und in diesem Sinne „einseitige" Widerruf einer korrespektiven Verfügung bei Lebzeiten beider Ehegatten überhaupt nur nach Maßgabe des § 2271 Abs. 1 Satz 1 stattfinden kann." Dieselbe Ansicht wird auch vertreten von Küntzel,[2] Endemann[3] und Planck-Strohal,[4] der folgendermaßen argumentiert: „Durch den S. 2 des Abs. 1 wird klargestellt, daß der Widerruf korrespektiver Verfügungen auch durch beide Ehegatten gemeinschaftlich mittels eines neuen gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrages erfolgen kann (§§ 2253 f., 2289; vgl. § 2292). Die Vorschrift bezweckt nur, das Mißverständnis auszuschließen, als ob der in Satz 1 gewiesene Weg der einzige wäre, auf den überhaupt korrespektive Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments aufgehoben werden können, sie bedeutet nicht, daß die Aufhebung durch den einen Ehegatten mit formloser Zustimmung des andern auch mittels einer gewöhnlichen Verfügung von Todes wegen möglich wäre." Da nach § 2270 die Nichtigkeit oder der Widerruf einer Verfügung die Unwirksamkeit der mit ihr korrespektiven Verfügungen zur Folge hat, so soll jeder Ehegatte genau über die Gültigkeit der Verfügungen des anderen unterrichtet sein. Aus diesem Grunde kann eine einseitige Aufhebung einer Verfügung dieser Art nur in der Form zugelassen werden, durch die der andere Teil mit Sicherheit von ihr Kenntnis erlangt.

b) Nach dem Tode des zuerst Versterbenden.

Wie bereits im vorigen Kapitel erwähnt, erlischt das Recht zum Widerruf mit dem Tode des anderen Ehegatten (§ 2271 Abs. 2). Der überlebende Ehegatte kann jedoch seine Verfügungen

[1] Strohal § 43 a II, 4 a.
[2] Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41, S. 605, 606.
[3] Endemann III § 45 Anm. 18.
[4] Planck-Strohal zu § 2271 II 6.

aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Das gemeine Recht und das ALR. ließen das Widerrufsrecht erst dann erlöschen, wenn der Überlebende das ihm Zugewandte „angenommen" hat. Die dem BGB. in § 1922 zugrunde liegende Konstruktion des ipso-iure-Erwerbs machte es notwendig, das Widerrufsrecht schon mit dem Tode des vorverstorbenen Ehegatten auszuschließen, da von einem „Antritt" der Erbschaft des Verstorbenen gemäß § 1922 nicht mehr die Rede sein kann. Schlägt der überlebende Ehegatte das ihm Zugewandte innerhalb der gesetzlichen Frist aus, so lebt sein Widerrufsrecht wieder auf: Die Bindung des überlebenden Gatten ist, wie Planck sagt, durch die Ausschlagung des dem Überlebenden Zugewandten auflösend bedingt.[1]) Es erlangt somit auch ein vor der Ausschlagung des Zugewandten erfolgender Widerruf Gültigkeit, sofern die Ausschlagung erfolgt, denn in diesem Falle hat eine Bindung nicht bestanden. Die Gründe für dies Erlöschen des Widerrufsrechts wurden bereits hervorgehoben: während der verstorbene Ehegatte zu seinen Lebzeiten im Falle des Widerrufs der Verfügungen des anderen die sich daraus gemäß § 2270 für seine korrespektiven Verfügungen ergebenden Folgerungen durch ein neues Testament beseitigen kann, ist bei einem nach seinem Tode erfolgenden Widerruf von Seiten des Überlebenden eine Änderung seines letzten Willens unmöglich. Daher ist aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit der Widerruf von Verfügungen des Überlebenden nach Annahme des ihm Zugewandten vom Gesetz ausgeschlossen. Nur in zwei Fällen läßt das Gesetz auch nach dem Tode eines der Gatten und Annahme des ihm Zugewandten seitens des Überlebenden eine Aufhebung und Änderung des wechselseitigen Testaments auf Grund der Vermutung zu, daß der Verstorbene mit den diesbezüglichen Bestimmungen des Überlebenden einverstanden sein würde. Der Überlebende kann, wenn der im wechselseitigen Testament Bedachte sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erb-

[1]) Planck-Strohal Bem. III zu § 2271.

lassers wäre, die betreffenden Bestimmungen des wechselseitigen Testaments einseitig aufheben (§ 2271 Abs. 2 in Verb. mit § 2294 und § 2336). Ferner ist dem Überlebenden die sogenannte exhereditatio bona mente nach Maßgabe von § 2338 möglich, wenn der Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten ist.

Eine Schwierigkeit bietet § 2271 in dem Fall, daß der überlebende Ehegatte vor Ablauf der Ausschlagungsfrist stirbt. An sich geht das Ausschlagungsrecht gemäß § 1952 auf den Erben über. Hat aber die vom Erben des Überlebenden erfolgende Ausschlagung die Wirkung, daß eine vor dem Tode des Überlebenden von ihm erfolgte Aufhebung einer Verfügung des wechselseitigen Testaments dadurch gültig wird? M. E. ist dies mit Planck und Wilke zu verneinen.[1]) § 2271 läßt das Widerrufsrecht mit dem Tode des zuerst versterbenden Gatten erlöschen. Er läßt es nur dann wieder aufleben, wenn der Überlebende das ihm Zugewandte ausschlägt. Diese Ausschlagung muß vom überlebenden Ehegatten selbst erfolgt sein, weil ja gerade zweifelhaft ist, wer Erbe ist, wenn mit Rücksicht auf die zukünftige Ausschlagung zwischen Todesfall des zuerst Verstorbenen und Ausschlagung seitens des Erben des Überlebenden eine das wechselseitige Testament abändernde Verfügung getroffen worden ist. Mit Recht führt Planck hierfür folgendes auf:[2]) „Die Annahme des Gegenteils würde zu einer unlöslichen Schwierigkeit in dem Falle führen, wenn auf Grund des neu errichteten Testaments eine andere Person (gesetzlicher oder gewillkürter) Erbe werden würde als der im gemeinschaftlichen Testament Eingesetzte. Denn dem nach dem neuen Testament Berufenen kann die Ausschlagungsbefugnis nicht zugestanden werden, weil seine Berufung erst durch die Ausschlagung Kraft gewinnen soll; der nach dem gemeinschaftlichen Testament Berufene aber würde, wenn die Ausschlagung die Wirkung hätte, das gemeinschaftliche Testament zu beseitigen, mit der Ausschlagung sich selbst die Legitimation zur Ausschlagung

[1]) Planck-Strohal Erl. III und IV, 1 a zu § 2271. Wilke S. 246 Anm. 4.

[2]) Planck-Strohal Erl. IV, 1 a zu § 2271.

entziehen. Es kann also die Wirkung, die Bindung zu beseitigen, nur einer Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten selbst zugeschrieben werden." Entgegengesetzter Ansicht ist Strohal,[1]) der die von Planck a. a. O. hervorgehobenen Schwierigkeiten auch anerkennt, aber nicht die Folgerungen daraus zieht wie Planck, sondern „die sich hierbei ergebende Lücke in tunlichster Weise nach Maßgabe der Absicht des Gesetzes ausfüllen will".

c) Bei altrechtlichen wechselseitigen Testamenten.

Bezüglich der vor Inkrafttreten des BGB. errichteten wechselseitigen Testamente kommt nach Maßgabe von Art. 214 EG. z. BGB. hinsichtlich der Bindung des überlebenden Ehegatten das bisherige Recht zur Anwendung, auch wenn der vorversterbende Ehegatte nach Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs stirbt. Da die Bindung sich nach der ausdrücklichen Bestimmung von Abs. 2 des Art. 214 nach den bisherigen Gesetzen richtet, so auch der Widerruf als die Auflösung dieser Bindung.[2]) Es kann somit bei Lebzeiten des anderen Ehegatten jeder Ehegatte seine Verfügungen des vor 1900 unter der Herrschaft des ALR. errichteten wechselseitigen Testaments gemäß ALR. II, 1, § 485 auch einseitig durch eine neue Verfügung von Todes wegen aufheben, im Gegensatz zu § 2271 BGB. Abs. 1, der die Aufhebung bei Lebzeiten des anderen Ehegatten nur nach den Vorschriften über den Rücktritt von einem Erbvertrage zuläßt. Im Gegensatz zu den Ausführungen von Buka,[3]) der die Bestimmung des § 2271 Abs. 1 auch auf die vor 1900 errichteten wechselseitigen Testamente mit Rücksicht auf die dem § 2271 zugrunde liegende ratio des Schutzes des anderen Ehegatten zur Anwendung bringen will, muß folgendes festgehalten werden: Als die Ehegatten das betreffende wechselseitige Testament vor dem 1. Januar 1900 errichteten, wurde nur eine Bindung gemäß den bestehenden Gesetzen begründet, diese Bindung kann aber nicht durch später in Kraft tretende Gesetze, auch wenn diesen eine be-

[1]) Strohal § 43 a, S. 338.
[2]) Entsch. d. RG. Bd. 50, S. 316.
[3]) Buka in Deutsche Jur.-Ztg. Bd. 10, S. 403.

sondere ratio zugrunde liegt, zuungunsten des Gebundenen verstärkt werden. In der Forderung von Buka, daß auch hinsichtlich der vor 1900 errichteten wechselseitigen Testamente § 2271 Abs. 1 zur Anwendung kommen müsse, liegt nun eine Verstärkung der bei Errichtung des wechselseitigen Testaments begründeten Bindung der Ehegatten. Die Folgerung ist keine „unleidliche", wie Buka sie nennt, sondern eine notwendige und angebrachte. Es können die Testatoren durch das BGB. nicht schärferen Bestimmungen hinsichtlich der Bindung unterworfen werden, als zur Zeit der Errichtung des wechselseitigen Testaments bestanden. Wenn nun Buka den Widerruf nicht als einen Teil der Bindung ansehen will, sondern sagt, daß der Widerruf begrifflich nicht zur Bindung gehöre, sondern dieselbe ausschließe, so übersieht er m. E. das Verhältnis von Bindung und Widerruf in § 2271: Nach dem Tode des vorverstorbenen Ehegatten wird der Überlebende an seine Verfügungen gebunden, zur Beseitigung dieser Bindung muß er die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament ausschlagen und seine Verfügung widerrufen. Die Ausschlagung allein beseitigt die Bindung nicht, sondern es muß noch der Widerruf hinzukommen. Der Widerruf unter der Voraussetzung der Ausschlagung des ihm Zugewandten seitens des überlebenden Ehegatten ist somit ein Akt der Beseitigung der bestehenden Bindung und muß deshalb, wie das Reichsgericht in Bd. 50 S. 318 zutreffend ausführt, nach den Bestimmungen des Art. 214 über die Bindung beurteilt werden.

3. Kapitel.

Die Anfechtung einer Verfügung eines wechselseitigen Testaments durch den benachteiligten Dritten.

a) Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im allgemeinen.

Liegt bei einem Testament ein zur Anfechtung berechtigender Willensmangel des Erblassers vor, so finden die allgemeinen Vorschriften über Willensmängel nur Anwendung, soweit sich nicht aus den in §§ 2078 f. gegebenen Vorschriften über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen etwas anderes ergibt. Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen ist im Gegensatz zu den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Rechtsgeschäften erweitert. Im Gegensatz zu § 119 kommt bei der Anfechtung letztwilliger Verfügungen wegen Irrtums auch stets der Irrtum im Beweggrunde in Betracht gemäß § 2078 Abs. 2:

> „Das gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes (oder widerrechtlich durch Drohung) bestimmt worden ist."

Eine fernere Erweiterung der Anfechtung letztwilliger Verfügungen gibt § 2079, indem er für einen Fall des beim Erblasser vorliegenden Irrtums besondere Bestimmungen trifft.

Eine letztwillige Verfügung kann nach Maßgabe von § 2078 angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärungen im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben

würde. Ferner kann die letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser zu ihr durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. Gefordert wird demnach ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung (§ 2078 Abs. 1) oder über die zur Abgabe der Erklärung bestimmenden Umstände oder eine widerrechtliche Drohung (Abs. 2). Der Fall der arglistigen Täuschung ist, da er hier, im Gegensatz zu §§ 119 f., durch die in § 2078 Abs. 2 gegebene Anfechtbarkeit wegen Irrtums im Beweggrunde eingeschlossen wird, nicht gesondert aufgeführt. Voraussetzung der Anfechtung ist, daß anzunehmen ist, daß der Erblasser die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Nicht wird wie in § 119 auch verlangt, daß er sie „bei verständiger Würdigung des Falles" nicht abgegeben haben würde. Es wird nur gefordert, daß e r sie bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde, ohne Berücksichtigung der Umstände des Falles. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß von dem Erblasser bei der völlig freiwilligen Natur der letztwilligen Verfügung „verständige Würdigung des Falles" nicht verlangt werden kann, es muß genügen, daß e r bei Kenntnis der Sachlage eben anders verfahren wäre.[1]) Wohl aber kann die verständige Würdigung des Falles für die Beweisführung Bedeutung erlangen. Sehr richtig betont daher Kipp,[2]) daß der Beweis hierfür aber natürlich dadurch geführt werden könne, daß man nachweist, ein verständiger Mann würde bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben;

[1]) Vgl. Strohal § 41 III, A, 1, Anm. 8: „Das im Text Gesagte ergibt sich aus der Vergleichung von § 2078 Abs. 1 mit § 119 Abs. 1. Die in der letzteren Bestimmung a. E. vorkommenden Worte: ‚und bei verständiger Würdigung des Falles' sind in § 2078 Abs. 1 absichtlich weggelassen worden, und zwar mit Recht. Denn während bei Rechtsgeschäften unter Lebenden die Zulässigkeit im Interesse der Verkehrssicherheit tunlichst eingeschränkt werden muß, spielt bei letztwilligen Verfügungen die Verkehrssicherheit keine Rolle; bei ihnen soll deshalb die wirkliche Absicht des Erblassers, soweit sie nicht mit zwingenden Rechtsvorschriften im Widerspruch steht, volle Berücksichtigung finden, selbst wenn sie von fragwürdiger objektiver Verständlichkeit ist."

[2]) Enneccerus-Kipp-Wolff II. Bd., 3. Abt., § 22, IV, 1.

es sei dann Sache des Gegners, darzutun, daß der Erblasser nicht wie ein verständiger Mann gehandelt haben würde. § 2078 Abs. 3 schließt die Anwendung des § 122 aus. Es kann also nicht jemand, der auf die Gültigkeit der angefochtenen letztwilligen Verfügung vertraut hat, Ersatz des „negativen Vertragsinteresses" beanspruchen. Es folgt dies aus dem Charakter des Testaments als einer einseitigen und völlig freiwilligen Verfügung des Erblassers. Bis zum Eintritt des Erbfalls hat der Bedachte, sofern er nicht als Pflichtteilsberechtigter auf den Pflichtteil rechnen kann, kein Anrecht auf die Erbschaft, da der Erblasser jederzeit anders testieren kann, er kann somit gar nicht auf die Gültigkeit der Verfügung vertrauen.

§ 2079 regelt den besonderen Fall des beim Erblasser obwaltenden Irrtums, daß er einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Das Gesetz betrachtet es als das Normale, daß der Erblasser in diesem Falle nicht, wie geschehen, testiert haben würde, und erklärt daher seine Verfügung für anfechtbar. Diese Anfechtung soll nur dann ausgeschlossen sein, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. Hierfür trifft denjenigen die Beweislast, der ein Interesse daran hat, daß die angefochtene Verfügung bestehen bleibt, also in der Regel den in ihr eingesetzten Erben. Dieser Gegenbeweis kann aber nur dahingehend geführt werden, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der konkreten Umstände die Verfügung getroffen haben würde. Es muß bewiesen werden, daß der Erblasser, wenn er zur Zeit der Errichtung des Testaments die Sachlage gekannt haben würde, trotzdem in demselben Sinne testiert haben würde. Daher genügt es nicht, wenn bewiesen wird, daß der Erblasser mit der Möglichkeit des Eintritts der Voraussetzungen der Anfechtbarkeit seiner letztwilligen Verfügungen nach Maßgabe von § 2079 gerechnet und trotzdem in dem betreffenden Sinne testiert hat. Hat also der Erblasser bei der Testamentserrichtung mit der Möglichkeit einer Verheiratung ge-

rechnet, so ist, selbst wenn er die einzelnen Umstände, die Person des zukünftigen Ehegatten, genau gekannt hat, nur dann die Anfechtung aus § 2079 ausgeschlossen, wenn der Beweis erbracht wird, daß er bei Kenntnis der bei seinem Tode vorliegenden Verhältnisse in demselben Sinne testiert haben würde.

Zur Anfechtung berechtigt ist nach § 2080 regelmäßig derjenige, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommt. Doch erfährt dieser Grundsatz in zweifacher Hinsicht eine Einschränkung. Wenn sich nämlich in den Fällen des § 2078 der Irrtum nur auf eine bestimmte Person bezieht, und diese anfechtungsberechtigt ist oder anfechtungsberechtigt sein würde, wenn sie zur Zeit des Erbfalles gelebt hätte, so ist ein anderer zur Anfechtung nicht berechtigt (§ 2080 Abs. 2). Ebenso steht im Falle des Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten nur diesem das Anfechtungsrecht zu (§ 2080 Abs. 3). Der Grund dieser Beschränkung des Anfechtungsrechts auf diejenigen, in deren Person der Anfechtungsgrund liegt, ist darin zu suchen, daß verhindert werden soll, daß andere Personen, denen die Aufhebung der betreffenden Verfügung zustatten kommen würde, dieselbe anfechten, um sich einen Vorteil zu sichern. Es soll eben nur „wegen" des betreffenden Irrtums, „wegen" des Übergehens des Pflichtteilsberechtigten angefochten werden, deshalb ist das Anfechtungsrecht nur denjenigen gegeben, die direkt auf Grund des Irrtums benachteiligt sind. Wenn sich also die nach § 2080 Abs. 2 und 3 für die Anfechtung in Betracht kommenden Personen bei der letztwilligen Verfügung beruhigen wollen, so soll ein anderer nicht das Recht haben, wegen des Interesses, das er an der Aufhebung des Testaments hat, dasselbe anzufechten.

Die Anfechtung erfolgt durch einseitige Erklärung. Diese Erklärung hat nach den allgemeinen Vorschriften des § 143 dem Anfechtungsgegner gegenüber zu erfolgen. Jedoch bestimmt § 2081, daß die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbschaft ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung dieser Art aufgehoben wird, gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen hat. Das Nachlaßgericht soll die Anfechtung dem-

jenigen mitteilen, welchem die angefochtene Verfügung unmittelbar zustatten kommt, und hat die Einsicht jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Ebenso hat die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte zu erfolgen, wenn eine Verfügung angefochten werden soll, durch die ein Recht für einen anderen nicht begründet wird, es also an einem Anfechtungsgegner fehlen würde, insbesondere die Anfechtung einer Auflage. Sonach findet in der Mehrzahl der Fälle die Anfechtung gegenüber dem Nachlaßgerichte statt, nur in den in § 2081 nicht aufgeführten Fällen, so insbesondere bei Belastung eines Erben mit Vermächtnissen oder mit Teilungsanordnungen gegenüber dem Anfechtungsgegner. Der Zweck der Bestimmung, daß die Erklärung in den Fällen des § 2081 gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen hat, ist darin zu sehen, daß das Gesetz für alle Fälle der Anfechtung, die den Bestand des gesamten Testaments gefährden, die Erklärung an die Behörde gerichtet wissen will, welcher die Regelung der Erbfolge obliegt, weil es im öffentlichen Interesse liegt, daß die Anfechtung von Verfügungen dieser Art zur allgemeinen Kenntnis gelangt. Bei den in § 2081 nicht genannten Fällen ist dies nicht erforderlich, weil sich die Anfechtung hier in der Regel nur auf die einzelne angefochtene Verfügung bezieht.

Für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen setzt § 2082 die Präklusivfrist von einem Jahre fest. Der Lauf dieser Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Da die Frist keine Verjährung, sondern eine Präklusivfrist ist, so muß sie vom Richter von Amts wegen berücksichtigt werden, doch finden die Vorschriften des § 203 über die Hemmung der Verjährung bei Stillstand der Rechtspflege und der §§ 206 und 207 über den Aufschub der Vollendung derselben, wenn sie sich gegen eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter richtet oder der Anspruch zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, auf die Frist entsprechende Anwendung (§ 2082 Abs. 2). Die Anfechtung ist überhaupt ausgeschlossen, wenn seit dem Erbfalle 30 Jahre verstrichen sind.

Eine Ausnahme von dieser Präklusivfrist enthält § 2083, wo gemäß dem Rechtssatz „quae ad agendum temporalia, ad excipiendum sunt perpetua“ bestimmt ist, daß der durch eine letztwillige Verfügung Beschwerte die Leistung verweigern kann, auch wenn die Anfechtung nach § 2082 ausgeschlossen ist. Es genügt somit zur einredeweisen Geltendmachung der §§ 2078, 2079, daß die Verfügung anfechtbar war, die Anfechtung selbst braucht nicht erfolgt zu sein. Diese Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung der Anfechtbarkeit, ohne daß die Anfechtung selbst erfolgt zu sein braucht, wurde von der zweiten Kommission dem Gesetze eingefügt. Sie erklärt sich daraus, daß der Beschwerte, wenn er geglaubt hat, es bedürfe keiner Anfechtung, weil der Berechtigte (Vermächtnisnehmer oder Auflageberechtigte), mit der Geltendmachung seiner Ansprüche gezögert hat, nicht gezwungen sein soll, die Leistung zu bewirken, wenn der Berechtigte nach Ablauf der Präklusivfrist des § 2082 die Leistung fordert. Hat der durch die letztwillige Verfügung Beschwerte die Leistung in Unkenntnis über die Anfechtbarkeit der betreffenden Verfügung bereits bewirkt, so kann er nach Maßgabe von § 813 das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen.

Die Wirkung der rechtzeitig erfolgten Anfechtung ist die allgemeine des § 142, daß das angefochtene Rechtsgeschäft als „von Anfang an nichtig“ anzusehen ist. Ist anzunehmen, daß der Erblasser ohne die unwirksame Verfügung auch andere Verfügungen nicht getroffen haben würde, so hat nach § 2085 die Unwirksamkeit der angefochtenen Verfügung auch die Unwirksamkeit derjenigen Verfügungen zur Folge, die ohne die angefochtene Verfügung nicht getroffen sein würden. Ist dies der Fall, so kann durch die Anfechtung auch einer nebensächlichen familienrechtlichen Verfügung das ganze Testament ungültig werden. Aus dem Wortlaut des § 2085: „Hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn . . . .“ ergibt sich, daß die Tatsache, daß ohne die unwirksame Verfügung der Erblasser auch die übrigen Verfügungen nicht getroffen haben würde, vom Interessenten der Unwirksamkeit bewiesen werden muß, im Gegensatz zu der allgemeinen Bestimmung des § 139, wo der Beweis

dahingehend zu führen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Im Falle des § 139 hat somit die Beweislast derjenige, welcher die Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts, im Falle des § 2085 dagegen derjenige, der die Unwirksamkeit des Testaments geltend macht. Es erklärt sich dies aus dem Bestreben des Gesetzgebers, den Bestand der letztwilligen Verfügungen zu sichern.[1])

Wenn Wilke[2]) im Falle des § 2079 den § 2085 nicht zur Anwendung bringen will, sondern aus der auf Grund von § 2079 erfolgenden Anfechtung die Nichtigkeit des ganzen Testaments ohne weiteres folgert, weil das Übergehen des Pflichtteilsberechtigten in allen Verfügungen des Erblassers zu finden sei, so ist dies zu weitgehend. Freilich wird wohl im Falle des § 2079 fast stets angenommen werden müssen, daß der Erblasser auch die übrigen Verfügungen des Testaments ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde, und deshalb das ganze Testament nach Maßgabe von § 2085 unwirksam sei.

Es ergibt sich somit für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen folgendes: Die allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Rechtsgeschäften kommen nur so weit zur Anwendung, als sich nicht aus den §§ 2078, 2079 etwas anderes ergibt. Durch diese wird das Anfechtungsrecht letztwilliger Verfügungen den allgemeinen Vorschriften gegenüber erweitert, insbesondere der Irrtum im Beweggrunde berücksichtigt. Die Anfechtung kann stets nur von demjenigen geltend gemacht werden, dem der Fortfall der angefochtenen Verfügung unmittelbar zustatten kommt, mit den Einschränkungen, daß, wenn der Irrtum sich nur auf eine bestimmte Person bezieht oder ein Pflichtteilsberechtigter übergangen ist, nur diese Personen zur Anfechtung berechtigt sind. Die Anfechtung hat in der Mehrzahl der Fälle gegenüber dem Nachlaßgericht, nur vereinzelt dem Anfechtungsgegner gegenüber zu erfolgen, d. h. demjenigen gegenüber, der auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt. Sie ist an eine Präklusivfrist von einem Jahre gebunden,

[1]) Vgl. Staudinger-Herzfelder § 2085, Anm. 1.
[2]) Wilke, Anm. 4 zu § 2079.

die mit der Kenntnis des Anfechtungsgrundes seitens des Anfechtungsberechtigten beginnt, und nicht über 30 Jahre nach dem Erbfalle hinausreichen kann. Doch bleibt hierbei das Recht des durch eine letztwillige Verfügung Beschwerten unberührt, wegen Anfechtbarkeit der betreffenden Verfügung die Leistung einredeweise zu verweigern.

Durch die rechtzeitig erfolgte Anfechtung wird die betreffende Verfügung von Anfang an nichtig, und Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß sie ohne die angefochtene Verfügung nicht getroffen sein würden, fallen ebenfalls zusammen.

b) Die Anfechtung von Verfügungen wechselseitiger Testamente.

Was über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im allgemeinen gesagt wurde, gilt auch für die Anfechtung von Verfügungen wechselseitiger Testamente. Da nämlich alle Vorschriften über letztwillige Verfügungen auch für gemeinschaftliche Testamente gelten, so gelten auch die hinsichtlich der Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen bestehenden Vorschriften der §§ 2078 f. für das gemeinschaftliche Testament, soweit sie nicht im Widerspruch stehen mit den besonderen Vorschriften des Titels VIII über das gemeinschaftliche Testament. Die Anwendung der §§ 2078 f. stößt nun in Titel VIII auf keinen Widerspruch, insbesondere widerspricht sie nicht dem zitierten § 2271, der das Recht zum Widerrufe eines korrespektiven wechselseitigen Testaments von Seiten des überlebenden Ehegatten mit dem Tode des zuerst Verstorbenen erlöschen läßt. Denn § 2271 beschränkt nur das Widerrufsrecht seitens des überlebenden Ehegatten, während §§ 2078 f. das Anfechtungsrecht letztwilliger Verfügungen von Seiten desjenigen behandelt, dem die Aufhebung der betreffenden Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde. Zutreffend führt Dernburg hierzu folgendes aus:[1]) „Nachdem die Gatten ein korrespektives Testament unter gegenseitiger Erbeinsetzung errichteten, der eine gestorben ist, der andere die Erbschaft des Ver-

[1]) Dernburg Bd. 5, § 92, V.

storbenen erworben hat, scheint nach BGB. alles, was im korrespektiven Testament festgestellt war, unerschütterlich. Und doch können Ereignisse eintreten, welche dasselbe wieder in Frage stellen. Der überlebende Ehegatte verheiratet sich noch einmal mit einem Gatten, er gewinnt aus der Ehe Kinder oder adoptiert oder legitimiert Kinder. Diese Personen erlangen sämtlich Pflichtteilsansprüche bezüglich seines Nachlasses; und nicht nur dies. Sie können nach § 2079 das korrespektive Testament ihres Ehegatten oder Parens anfechten, weil der Erblasser sich bei demselben in falschen Erwartungen bewegte, da er von solchen Pflichtteilsberechtigten damals keine Ahnung hatte."

Wenn Reisler[1]) behauptet, daß der überlebende Ehegatte auf Grund der Bindung durch § 2271 Abs. 2 einen anderen Willen überhaupt nicht haben dürfe, und deshalb eine Anfechtung auf Grund von § 2079 nicht stattfinden könne, wenn der Anfechtende nach Eintritt der Bindung aus § 2271 Abs. 2 pflichtteilsberechtigt geworden ist, so muß dem entgegengehalten werden, daß es ja gar nicht auf den Willen des überlebenden Ehegatten zur Zeit des Eintritts der Bindung, sondern zur Zeit der Errichtung des wechselseitigen Testaments ankommt. In diesem Augenblick konnte der überlebende Ehegatte aber sehr wohl bei Kenntnis der später eintretenden Umstände einen anderen Willen als den geäußerten haben, und nur wenn bewiesen wird, daß er zu dieser Zeit bei Kenntnis der später eintretenden konkreten Umstände den im wechselseitigen Testament geäußerten Willen gehabt haben würde, ist eine Anfechtung ausgeschlossen.

Die Verfügungen jedes der beiden Ehegatten können erst nach dessen Tode angefochten werden. Liegt bezüglich der Einsetzung des Dritten ein Anfechtungsgrund vor, so ist zu unterscheiden zwischen denjenigen wechselseitigen Testamenten, die gemäß § 2269 dem „Einheitsprinzipe" folgen, und denjenigen, die das Einheitsprinzip ausschließen und den eingesetzten Dritten hinsichtlich des Vermögens des zuerst Verstorbenen als Nacherben, hinsichtlich des Vermögens des Überlebenden als Erben betrachten. Im ersteren Falle entsteht, da der Dritte für den gesamten Nach-

[1]) Reisler im „Recht" 7. Jahrg., S. 501.

laß als Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten eingesetzt ist, ein Anfechtungsrecht erst mit dem Tode des zuletzt versterbenden Ehegatten, im anderen Falle dagegen hinsichtlich der Verfügung des zuerst Verstorbenen schon nach dessen Tode, da ja schon dann der betreffende Dritte Nacherbe wird. Die Verfügungen des überlebenden Ehegatten können erst nach dessen Tode angefochten werden. Dies widerspricht nicht der Bindung des überlebenden Ehegatten durch Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten. Denn trotzdem er im allgemeinen seine Verfügungen nicht mehr widerrufen kann, entsteht das Erbrecht des Dritten erst mit seinem Tode. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Rechtsstellung des Dritten hinsichtlich des zukünftigen Nachlasses schon deshalb keine gefestigte, weil gemäß § 2271 Abs. 2 der überlebende Ehegatte auch nach Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten zur Aufhebung nach Maßgabe von §§ 2294 und 2336 oder, wenn der Dritte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten ist, zur exhereditatio bona mente nach § 2289 Abs. 2 berechtigt ist. Wird eine Verfügung eines Ehegatten angefochten, so wird dadurch auch die mit ihr korrespektive Verfügung des anderen Ehegatten unwirksam, da die Nichtigkeit einer Verfügung, von der anzunehmen ist, daß die Verfügung des anderen Ehegatten mit Rücksicht auf sie getroffen ist, gemäß § 2270 auch die Unwirksamkeit dieser Verfügung zur Folge hat. Ist nun anzunehmen, daß die Ehegatten ohne diese nichtigen Verfügungen auch die übrigen Verfügungen des wechselseitigen Testaments nicht getroffen haben würden, so ist mit Rücksicht auf § 2085 das ganze wechselseitige Testament nichtig. Es tritt dann die gesetzliche Erbfolge hinsichtlich der Vermögensmassen beider Gatten ein. Auf diese Weise kann, wenn der eine Ehegatte schon jahrzehntelang tot ist, durch die Anfechtung einer Verfügung des überlebenden Ehegatten nach dessen Tode das ganze wechselseitige Testament nichtig werden, und die gesetzlichen Erben des zuerst Verstorbenen werden ex tunc Erben desselben.

Der häufigste Fall der Anfechtung von Verfügungen wechselseitiger Testamente ist der des § 2079, daß ein Pflichtteilsberechtigter übergangen worden ist, dessen Vorhandensein dem

Erblasser bei der Errichtung des Testaments nicht bekannt war, oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Daß ein Pflichtteilsberechtigter übergangen worden ist, weil sein Vorhandensein dem Erblasser unbekannt war, wird verhältnismäßig selten vorkommen; es kommt hier besonders Verschollenheit des Pflichtteilsberechtigten in Betracht. Weit häufiger wird es sich um die Anfechtung von Seiten einer Person handeln, die erst nach der Errichtung des wechselseitigen Testaments pflichtteilsberechtigt geworden ist. Das BGB. hat nun, im Gegensatz zum früheren Recht, in § 2303 Abs. 2 auch dem Ehegatten das Pflichtteilsrecht gewährt. Danach können die in dem wechselseitigen Testament getroffenen Verfügungen des überlebenden Ehegatten von dessen Ehegatten aus einer späteren Ehe ebenso wie von den Kindern aus späterer Ehe nach Maßgabe von § 2079 angefochten werden. Wie bekannt, kann der aus dem wechselseitigen Testament Berechtigte den Gegenbeweis gegen die Anfechtung nur dahingehend führen, daß der Verstorbene auch bei Kenntnis der konkreten Umstände im Sinne des wechselseitigen Testaments testiert haben würde. Da dieser Beweis überaus schwer zu erbringen ist, so werden, sofern die Anfechtung von Seiten der später pflichtteilsberechtigt gewordenen Personen erfolgt, die Verfügungen des überlebenden wieder verheirateten Ehegatten fast stets nichtig sein, und infolgedessen mit Rücksicht auf § 2270 Abs. 1 und § 2085 das ganze wechselseitige Testament zusammenfallen. Es ergeben sich dann besonders hinsichtlich der Erbfolge in dem Nachlaß des Vorverstorbenen Schwierigkeiten, da die gesetzlichen Erben desselben zur Zeit seines Todes in Wahrheit schon Erben gewesen sind, denn das Testament gilt mit Rücksicht auf § 142 als „von Anfang an nichtig“. Wenn also Ehegatten, die ein wechselseitiges Testament errichten wollen, mit der Wiederverheiratung des überlebenden Teils rechnen, so ist ihnen zur Vermeidung der aus der Anfechtung sich ergebenden Durchkreuzung ihres letzten Willens dringend zu raten, für den Fall der Wiederverheiratung besondere Bestimmungen zu treffen und den überlebenden Ehegatten für diesen Fall auf seinen gesetzlichen Erbteil, eventuell Pflichtteil, einzusetzen und ihm das freie Ver-

fügungsrecht über sein eigenes Vermögen zurückzugewähren.[1]) Unabhängig von der Anfechtung der den Pflichtteilsberechtigten übergehenden Verfügung ist die Forderung des Pflichtteils aus dem Nachlasse des Verstorbenen. Diesen Pflichtteilsanspruch kann der Berechtigte als einen gegen den Nachlaß gerichteten obligatorischen Anspruch auch dann geltend machen, wenn er die betreffende anfechtbare Verfügung nicht anficht. In vielen Fällen wird er sogar besser tun, nicht anzufechten, sondern seinen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Hat nämlich der überlebende Ehegatte selbst nur geringes Vermögen, der Vorverstorbene dagegen namhaftes Vermögen gehabt, so wird sich häufig der Pflichtteil aus dem Nachlasse des überlebenden Ehegatten, wenn dieser die Vermögen beider Gatten gemäß § 2269 vereinigt hat, höher stellen als der Erbteil bei Anfechtung des Testaments, wo der überlebende Ehegatte außer seinem geringen Vermögen nur den gesetzlichen Erbteil aus dem Vermögen des Vorverstorbenen hinterläßt.[2])

[1]) Dernburg Bd. 5, § 92, V.

[2]) Vgl. Mangler im sächs. Arch. Bd. 14, S. 684 f.

4. Kapitel.

Ist die Anfechtung eines wechselseitigen Testaments durch den überlebenden Ehegatten nach Analogie von § 2281 BGB. möglich?

Mit Rücksicht auf die in § 2271 Abs. 2 enthaltene Beschränkung des Widerrufsrechts des überlebenden Ehegatten ist vielfach versucht worden, diesem ein selbständiges Anfechtungsrecht nach Analogie des Anfechtungsrechts des Vertragserblassers aus § 2281 zu gewähren.[1]) Ein selbständiges Anfechtungsrecht des Erblassers ist dem BGB. im Prinzip unbekannt, es ist bei dem einseitigen Testament auch keine Notwendigkeit vorhanden, daß der Testator selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 2078, 2079 seine Verfügungen anfechten kann, da er ja stets durch Aufhebung der Verfügung freie Bahn für neue, den veränderten Verhältnissen Rechnung tragende Bestimmungen gewinnt. Anders dagegen beim wechselseitigen Testament: Hier ist der überlebende Ehegatte durch die Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten an seine Verfügung gebunden. Er ist auch dann gebunden, wenn die Voraussetzungen der §§ 2078, 2079 vorliegen, er beispielsweise eine neue Ehe eingegangen ist. Widerrufen kann er seine im wechselseitigen Testament getroffenen Verfügungen nicht, somit zugunsten seines zweiten Ehegatten keine Verfügungen treffen. Ficht letzterer nach seinem Tode die ihn benachteiligende Verfügung des wechsel-

[1]) Vgl. Strohal § 43 a, S. 338 und Bem. 26 daselbst. Hellmann in krit. Vierteljahrsschr. Bd. 39, S. 225. Planck-Strohal Bem. IV, 3 d zu § 2271 und Bem. zu demselben Paragraph. Staudinger-Herzfelder zu § 2271 Bem. V. Dernburg Bd. 5, § 92, V. Endemann Bd. 3, § 46, IV b, 2.

seitigen Testaments an, so erhält er nur den gesetzlichen Erbteil. Man wollte nun dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit geben, in diesen Fällen die Gebundenheit aus § 2271 Abs. 2 durch die von ihm ausgehende Anfechtung des wechselseitigen Testaments zu beseitigen, um die Möglichkeit zu einer Verfügung zugunsten des zweiten Ehegatten zu erhalten. Die genannten Schriftsteller suchen dies auf dem Umwege der Heranziehung einer Bestimmung über den Erbvertrag, des § 2281, zu erreichen. § 2281 gibt nämlich auch dem Vertragserblasser, im Gegensatz zum Testamentserblasser, das Anfechtungsrecht auf Grund von §§ 2078, 2079 sofern, wenn die Anfechtung auf Grund von § 2079 erfolgt, der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist. Begründet wird diese Heranziehung des § 2281 allgemein mit der Ähnlichkeit der Verhältnisse beim wechselseitigen Testament und beim Erbvertrage. Strohal führt hierzu folgendes aus:[1] „Im Falle der Annahme des ihm Zugewendeten wird dagegen der Überlebende an seine korrespektiven Verfügungen so gebunden, wie ein durch Erbvertrag gebundener Erblasser. Mit Rücksicht hierauf wird aber auch nicht zu bezweifeln sein, daß der überlebende Ehegatte in diesem Falle seine unwiderruflich gewordenen korrespektiven Verfügungen bei Vorhandensein eines der Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 grundsätzlich nach den für die Anfechtung von Erbverträgen geltenden Vorschriften des § 2281 Abs. 2 anfechten kann." Nicht so bestimmt äußern sich Staudinger-Herzfelder und Planck-Strohal zu dieser Frage, aber auch sie wollen dem überlebenden Ehegatten ein selbständiges Anfechtungsrecht nach Analogie von § 2281 gewähren, wenn auch Planck die Frage ausdrücklich als „zweifelhaft" bezeichnet.

M. E. wird hier allgemein folgender grundlegender Fehler gemacht: Es wird daraus, daß sowohl beim Erbvertrage wie beim wechselseitigen Testament eine Bindung des Überlebenden eintritt, gefolgert, daß diese Bindung eine gleichartige sei. Alle die Fragen der analogen Anwendung des § 2281 Bejahenden neigen dazu, dem wechselseitigen Testament nach dem Tode des vorverstorbenen Ehegatten einen vertraglichen Charakter zu geben

[1] Strohal § 43 a, S. 338.

und die Bindung des Überlebenden als eine vertragliche anzusehen. Daß diese Bindung aber einen ganz anderen Charakter trägt, sich ausschließlich auf das zwischen den Ehegatten bestehende Treueverhältnis gründet, und aus diesem Grunde vom Gesetz die Widerrufsmöglichkeit seitens des überlebenden Ehegatten nach Annahme des ihm vom Verstorbenen Zugewandten aus sittlichen, nicht aus konstruktiven Gründen ausgeschlossen ist, wurde bereits in Kapitel 2 dieser Abhandlung erwähnt. Mit Recht betont Mantey in seinen „zwei erbrechtlichen Fragen",[1]) daß der überlebende Ehegatte bei einem wechselseitigen Testament keineswegs stets „in dem Maße gebunden ist wie ein Vertragserblasser, sondern häufig viel enger". Der vorverstorbene Ehegatte soll sich auf alle Fälle darauf verlassen können, daß der Überlebende, wenn er die Vorteile aus der Verfügung des anderen zieht, dann auch an seine Verfügung gebunden ist, mit Ausnahme der beiden Fälle, wo das Gesetz annimmt, daß der Verstorbene mit den betreffenden Anordnungen des Überlebenden einverstanden sein würde. Dieser Wille des Gesetzes wird aber durchbrochen, wenn man dem überlebenden Ehegatten ein selbständiges Anfechtungsrecht nach Analogie von § 2281 zugesteht. Denn mit der Anfechtung erhält der Überlebende die freie Verfügung über sein Vermögen zurück. Er soll aber nach dem Willen des Gesetzes unbedingt gebunden sein. Von dieser in § 2271 begründeten absoluten Gebundenheit einer Ausnahme für die Fälle der §§ 2078, 2079 machen zu wollen, kann nicht als angängig angesehen werden. Das Anfechtungsrecht des benachteiligten Dritten, das erst mit dem Tode des überlebenden Ehegatten entsteht, ist ein selbständiges Recht dieses Dritten und hat mit der Gebundenheit des überlebenden Gatten aus § 2271 nichts zu tun. Aber auch diesem ein Anfechtungsrecht zu gewähren, heißt die vom Gesetze gewollte Gebundenheit für gewisse Fälle aufheben, oder wenigstens dem überlebenden Ehegatten die Mittel geben, sie aufzuheben. Wenn dem erwidert wird, daß der überlebende Ehegatte ja nur das täte,

[1]) Mantey, „zwei erbrechtliche Fragen" in Gruchots Beiträgen Bd. 52, S. 390.

was der benachteiligte Dritte ja nach seinem Tode fraglos tun würde, so ist zu berücksichtigen, daß die Folgen der Anfechtung seitens des überlebenden Gatten ganz andere sind, wie bei der Anfechtung durch den Dritten. Ficht letzterer nach dem Tode des überlebenden Ehegatten an, so wird die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß eröffnet. Der überlebende Ehegatte erhält indessen durch die Anfechtung die Möglichkeit, ein neues Testament zu errichten. Er kann also unter Umständen das Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten nur zum Vorwand der Anfechtung benutzen, um die Bindung aus § 2271 zu beseitigen, in dem nach der Anfechtung errichteten Testament dem Pflichtteilsberechtigten indessen nur den Pflichtteil zuwenden, der diesem auch bei Bestehenbleiben des wechselseitigen Testaments zustehen würde, und im übrigen in ganz anderem Sinne testieren. Ferner wird von denjenigen, die eine selbständige Anfechtung von seiten des überlebenden Ehegatten zulassen wollen, m. E. nach folgendes nicht beachtet: Das Anfechtungsrecht des Vertragserblassers aus § 2281 konsumiert nach § 2285 das Anfechtungsrecht der benachteiligten Dritten. Diese können den Erbvertrag nicht mehr anfechten, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalles erloschen ist. Will man nun den § 2281 auf das wechselseitige Testament analog anwenden, so muß man füglich auch die aus ihm resultierenden §§ 2284 und 2285 zur analogen Anwendung bringen. Man muß also dem überlebenden Ehegatten ebenso wie ein Anfechtungsrecht auch ein Bestätigungsrecht nach Maßgabe von § 2284 einräumen und den benachteiligten Dritten die Anfechtungsmöglichkeit versagen, wenn das selbständige Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten erloschen ist. Dies führt jedoch zu einem unlöslichen Widerspruch mit § 2079, denn daraus, daß der anfechtungsberechtigte überlebende Ehegatte die Anfechtung unterläßt oder die anfechtbare Verfügung des wechselseitigen Testaments bestätigt, kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß er auch bei Errichtung des wechselseitigen Testaments bei Kenntnis der jetzt vorliegenden Umstände in dem Sinne des wechselseitigen Testaments testiert haben würde. Derselben Ansicht ist auch Mantey in der von ihm zitierten Schrift.

Man wird auch Mantey Recht geben müssen, wenn er den § 143 gegen das Anfechtungsrecht seitens des überlebenden Ehegatten ins Feld führt und behauptet, daß es an einem Anfechtungsgegner fehle. Im Gegensatz zum Erbvertrage ist das wechselseitige Testament ein einseitiges Rechtsgeschäft, und zwar ein einseitiges Rechtsgeschäft, zu dessen Wesen es nicht gehört, daß es einem anderen gegenüber vorgenommen wird. Anfechtungsgegner würde demnach nach § 143 Abs. 4 derjenige sein, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt. Einen solchen unmittelbaren rechtlichen Vorteil hat aber bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten niemand, der Dritte erlangt ein Recht erst mit dem Tode seines Erblassers, bis dahin hat er nur die Anwartschaft auf die Erbfolge. Anders steht es beim Erbvertrage: hier handelt es sich um eine vertragliche Bindung. Zur Anfechtung dieses Vertrages ist der Vertragsgegner als Anfechtungsgegner legitimiert, gegen ihn ist die Anfechtung im Grunde genommen auch dann noch gerichtet, wenn er verstorben ist und die Anfechtung deshalb, da sie ihm gegenüber nicht mehr erfolgen kann, nach § 2281 Abs. 2 an das Nachlaßgericht zu gehen hat.

Die Anfechtung des überlebenden Ehegatten ist demnach ihrem Wesen nach gar keine Anfechtung, weil ein Anfechtungsgegner nicht vorhanden ist, sondern ein verklausulierter Widerruf seiner im wechselseitigen Testament getroffenen Verfügung. Ein Widerruf ist aber auf Grund von § 2271 Abs. 2 nach dem Tode eines der Ehegatten schlechthin ausgeschlossen.

Schließlich sei noch folgendes erwähnt: Wollte das Gesetz eine Anfechtung oder vielmehr einen Widerruf auf Grund der §§ 2078, 2079 dem überlebenden Ehegatten gewähren, so hätte es dies ausdrücklich erwähnt. Da es hierüber schweigt, ist es indessen offenbar der Ansicht, daß ein Bedürfnis für eine selbständige Anfechtung seitens des überlebenden Ehegatten nicht vorhanden ist. Ist der benachteiligte Dritte mit seiner Übergehung nicht zufrieden, und will er sich mit dem Pflichtteil nicht begnügen, so mag er nach dem Tode des überlebenden Ehegatten anfechten. Diesem selbst aber die Anfechtungsmöglichkeit zu geben

würde eine Durchbrechung der vom Gesetz gewollten absoluten Bindung an das wechselseitige Testament sein. Die Stellung der Frage nach der Möglichkeit einer Anfechtung seitens des überlebenden Ehegatten selbst resultiert aus dem Bestreben, das wechselseitige Testament mit vertraglichen Elementen zu durchsetzen und die Bindung des überlebenden Ehegatten als eine vertragliche zu behandeln. Demgegenüber muß unbedingt daran festgehalten werden, wie schon in Kapitel 2 betont ist, daß das wechselseitige Testament eben ein „Testament" und als einseitige letztwillige Verfügung von der vertraglichen letztwilligen Verfügung durch eine tiefe begriffliche Kluft getrennt ist, nicht etwa ein undefinierbares Mittelding bildet zwischen Testament und Erbvertrag.

Ist der übergangene Pflichtteilsberechtigte zur Zeit des Ablaufs der dem überlebenden Ehegatten in § 1944 Abs. 1 gegebenen Ausschlagungsfrist schon vorhanden gewesen, ohne daß der überlebende Ehegatte hiervon gewußt hat, so wird man mit Reisler[1]) ihm ein Anfechtungsrecht der Nichtausschlagung wegen Irrtums auf Grund von § 119 gewähren müssen. Durch die Anfechtung der Nichtausschlagung erlangt der überlebende Ehegatte dann die Ausschlagungsmöglichkeit wieder und kann gemäß § 2271 Abs. 2 seine Verfügung aufheben.

---

[1]) Reisler im „Recht" 7. Jahrg., S. 501.

5. Kapitel.

Anfechtung vor 1900 errichteter wechselseitiger Testamente.

Wie im Kapitel 2 ausgeführt, bestimmt sich die Bindung des überlebenden Ehegatten nach Maßgabe von Art. 214 Abs. 2 EG. z. BGB. nach den bisherigen Gesetzen, sofern das wechselseitige Testament vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet worden ist, auch wenn der Tod des zuerst versterbenden Ehegatten in die Zeit nach dem 1. Januar 1900 fällt.

Wie steht es nun aber mit der Anfechtung vor 1900 errichteter wechselseitiger Testamente? Diese Frage wird in allen Fällen wichtig, wo es sich um eine Anfechtung auf Grund des § 2079 von Seiten des Ehegatten aus einer zweiten Ehe des überlebenden Testators handelt. Das Pflichtteilsrecht des Ehegatten ist erst durch § 2303 Abs. 2 BGB. geschaffen worden, in den früheren Gesetzen besteht für ihn allgemein ein Pflichtteilsanspruch nicht. Die Anfechtung von Seiten des überlebenden Ehegatten hängt somit, wenn das wechselseitige Testament vor 1900 errichtet worden ist, von der Beantwortung der Frage ab, ob die Anfechtung nach dem alten oder nach dem neuen Recht zu beurteilen ist. Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß die Anfechtung nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen sei, mit Rücksicht auf Art. 214 EG. z. BGB., da die „Bindung" des Erblassers nach dem bisherigen Rechte beurteilt werden müsse, also auch die Löslichkeit dieser Bindung. Diese vom RG.[1]) vertretene

[1]) Entsch. des RG. Bd. 62, S. 13: „Allein materiell findet diese Anfechtung zugleich ihre Grenze in der Vorschrift des Art. 214 des Einführungsgesetzes, wonach die Bindung des Erblassers bei einem vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs errichteten gemeinschaftlichen Testaments, auch wenn der Erblasser nach diesem Zeitpunkt stirbt, immer nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen ist. Zur Frage der Bindung gehört begriffsmäßig auch die Frage der Lösbarkeit dieser Bindung." Jur. W. 1906, S. 24.

Ansicht übersieht, daß es sich ja hier gar nicht um eine Bindung des überlebenden Ehegatten handelt, sondern um die Anfechtbarkeit seitens eines Dritten. Würden wir dem überlebenden Ehegatten ein selbständiges Anfechtungsrecht nach Analogie von § 2281 zugestehen, so würde in diesem Falle freilich Art. 214 Abs. 2 zur Anwendung zu gelangen haben und die Anfechtung von Seiten des überlebenden Gatten als ein Akt der Lösung dieser Bindung, und somit als eine Frage der Bindung selbst nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen sein.[1]) Auch die Anfechtung von Seiten der durch das wechselseitige Testament benachteiligten Dritten würde sich in diesem Falle, da sie gemäß § 2285 von der Anfechtungsbefugnis des überlebenden Ehegatten abhängig wäre, nach den bisherigen Gesetzen bestimmen. Ein Anfechtungsrecht des überlebenden Ehegatten selbst kann indessen aus den oben angeführten Gründen nicht angenommen werden. Unter diesen Umständen ist aber die Anfechtung von seiten des benachteiligten Dritten ein selbständiges Recht dieses Dritten, unabhängig von der Frage der Bindung des überlebenden Ehegatten. Es handelt sich somit nicht um eine Frage der Bindung des überlebenden Ehegatten und der Löslichkeit dieser Bindung, für die nach Art. 214 das bisherige Recht maßgebend ist, sondern um den Inhalt der letztwilligen Verfügung. Dieser Inhalt benachteiligt den anfechtenden Dritten, und wegen dieses Inhalts ficht er an. Somit findet das Anfechtungsrecht des benachteiligten Dritten nicht, wie das Reichsgericht vertritt, „materiell seine Grenze in Art. 214", denn nicht um eine Frage der Bindung des überlebenden Ehegatten handelt es sich bei der Anfechtung seitens des Dritten, sondern um den Inhalt der letztwilligen Verfügung. Für diesen ist aber nach Maßgabe von Art. 213 EG. z. BGB. per argumentum a contrario, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist, das geltende Recht maßgebend. Richtig gewürdigt wird dieser Umstand von Staudinger-Herzfelder:[2]) „Art. 214 Abs. 1 EG. steht dieser Ansicht auch für Testamente, die vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet worden sind, nicht entgegen;

[1]) Vgl. die diesbezügl. Ausführungen am Schlusse von Kapitel 2.
[2]) Staudinger-Herzfelder, Bem. V zu § 2079.

denn im Falle des § 2079 steht der Inhalt einer letztwilligen Verfügung und die Anfechtung derselben wegen dieses Inhalts in Frage, nicht aber die Errichtung der Verfügung, weshalb Art. 213 EG. und somit im Falle des Ablebens des Erblassers nach dem 31. Dezember 1899 das BGB. maßgebend ist." Dieselbe Ansicht wird auch vertreten vom OLG. Köln und vom OLG. Kiel.[1])

Zu demselben Resultat kommt auch Mangler in seiner Abhandlung über die Wirkung altrechtlicher gemeinschaftlicher Testamente.[2])

[1]) Entsch. der OLG. Bd. IV, S. 446, Urt. v. 16. April 1902; Bd. VIII, S. 266, Urt. v. 26. Mai 1903.

Im Urteil des OLG. Köln heißt es: „Die Annahme des Ldg., daß es sich hier um die Bindung des V. durch die erbvertragliche Bestimmung des Erbvertrages handelt, ist irrig. Unter Bindung des Erblassers versteht der Art. 214 die Bindung seines Willens, wie sie eben nur bei Erbverträgen oder gemeinschaftlichen Testamenten vorkommt. Indem der Art. bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten, die unter der Herrschaft des früheren Rechts abgeschlossen sind, die Bindung des Erblassers dem früheren Recht unterstellt, will er nur die Grundsätze des BGB. über die Widerruflichkeit dieser vertraglichen Verpflichtungen von Todes wegen, sowie darüber, ob und inwieweit der Erblasser durch solche Verfügungen von einer anderweiten Verfügung über seinen Nachlaß gehindert ist, außer Anwendung setzen (Mot. zum EG. S. 311, 312)."

Das Urteil des OLG. Kiel führt aus: „Der Beklagte ist im Testament seiner Frau übergangen. Zur Zeit des Erbfalls war er pflichtteilsberechtigt. Er kann deshalb das Testament anfechten, da nach § 2079 eine Anfechtung auch durch denjenigen Pflichtteilsberechtigten stattfindet, welcher erst nach der Errichtung des Testaments pflichtteilsberechtigt geworden ist. Es ist kein Grund ersichtlich, diejenigen vom Anfechtungsrechte auszuschließen, welche erst infolge einer Veränderung der Gesetzgebung pflichtteilsberechtigt geworden sind."

[2]) Mangler, sächs. Archiv für bürgerl. Recht Bd. 14, S. 684 f.

6. Kapitel.

Ergebnis.

Daß das Rechtsinstitut des gemeinschaftlichen Testaments in der Tat „zu vielen Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten" Veranlassung gegeben hat, wie der Entwurf I ausführt, ist fraglos. Diese Zweifel und Rechtsstreitigkeiten sind auch durch das BGB. nicht beseitigt worden. Sie können, wie im Text ausgeführt, nur dadurch aus einem einheitlichen Gesichtspunkt gelöst werden, daß man das wechselseitige Testament als „Testament" betrachtet, wie sich dies auch m. E. aus dem Gesetze selbst ergibt, nicht aber ihm einen vertraglichen oder vertragsähnlichen Charakter aufdrückt. Betrachtet man das wechselseitige Testament als das, was es wirklich ist, als Testament, so ergibt sich die Bindung des überlebenden Ehegatten aus § 2271 als eine auf Grund von Treu und Glauben dem Vorverstorbenen vom Gesetz gegebene Garantie für den Bestand des wechselseitigen Testaments. Ebenso folgt daraus die Anfechtungsmöglichkeit seitens benachteiligter Dritter auf Grund von §§ 2078, 2079, und ebenso schließt diese Ansicht die analoge Heranziehung des § 2281 als eine nur auf vertragliche Verfügungen von Todes wegen anwendbare Bestimmung, aus.

Für die Testatoren ergibt sich aber folgender Rat: Bei Errichtung des wechselseitigen Testaments auf die „im Zweifel" Platz greifende Konstruktion des § 2269 zu achten und diese in den Fällen auszuschließen, wo sie nicht wünschenswert erscheint, sowie für den Fall der Wiederverheiratung des Überlebenden besondere Bestimmungen zu treffen, um die Anfechtung auf Grund von § 2079 zu vermeiden und das wechselseitige Testament möglichst sicher zu fundieren.

Druck von Fr. Stollberg, Merseburg.